

Les Cahiers de droit



MAURICE TANCELIN et DANIELLE SHELTON , *Des institutions, Branches et sources du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Adage, 1991, 303 p., ISBN 2-9801053-4-1.

Charles B. Laliberté

Volume 33, numéro 3, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043170ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043170ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Laliberté, C. B. (1992). Compte rendu de [MAURICE TANCELIN et DANIELLE SHELTON , *Des institutions, Branches et sources du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Adage, 1991, 303 p., ISBN 2-9801053-4-1.] *Les Cahiers de droit*, 33(3), 956–958. <https://doi.org/10.7202/043170ar>

litaire en vue d'expliquer la portée de certains arrêts qui concernent directement le fonctionnement des institutions administratives. Le domaine du droit administratif se révèle cependant plus flou puisque cette matière n'est pas appréhendée en fonction de règles qui lui sont exclusives. De ce point de vue, l'auteur a retenu une approche fonctionnelle où toute règle susceptible d'intéresser le fonctionnement de l'Administration et du Gouvernement, peu importe son origine, requiert l'attention. Sa préoccupation principale n'est pas de définir le droit administratif en fonction d'un domaine qui lui est propre. Même si cette approche autonomiste se révèle plus difficile dans un pays de tradition britannique, elle reste néanmoins possible. D'où l'importance de la définition initiale du droit administratif en début d'ouvrage, laquelle ne peut être tenue pour avérée.

La démarche suivie par l'auteur témoigne donc de l'évolution récente du droit administratif. Explicitement ou implicitement, elle met en lumière les éléments suivants : la croissance des bases constitutionnelles, l'augmentation des règles dérogatoires de droit public pour le fonctionnement des institutions administratives, l'accentuation de la distinction entre droit public et droit privé, la progression inégale de la théorie générale du droit administratif, l'émancipation graduelle de la justice administrative et l'importance des enjeux institutionnels. En une décennie à peine, c'est tout un programme. Ce n'est pas de privatisation dont il s'agit, mais bien d'une publicisation croissante du droit administratif.

Ce bilan serait toutefois incomplet sans une brève allusion au développement de la réflexion théorique sur le droit administratif. Cette dimension est généralement oubliée dans divers bilans largement orientés vers le droit positif¹⁵. Par ses qualités multiples et sa signification aux fins d'une systématisation générale du droit administratif, l'ouvrage de Patrice Garant est en effet plus qu'un simple

livre. Il constitue une contribution majeure au développement du droit administratif au Canada.

DANIEL MOCKLE

Université du Québec à Montréal

MAURICE TANCELIN et DANIELLE SHELTON,
Des institutions, Branches et sources du droit, 2^e éd., Montréal, Éditions Adage, 1991, 303 p., ISBN 2-9801053-4-1.

Nous avons ici une version revue et corrigée de la première édition de l'ouvrage *Des institutions. Branches et sources du droit*, parue en 1989. Pour ce qui est de la forme, l'aération de certains paragraphes rend la lecture plus aisée. Quant au fond, les auteurs ont pallié certaines lacunes en traitant de sujets qu'ils avaient ignorés dans la première parution, entre autres : les droits autochtones du Canada, le palier de gouvernement municipal, les fonctions judiciaires ou quasi judiciaires des tribunaux administratifs, le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié. Ils ont également étoffé diverses notions, dont les groupes de pression, la mise en vigueur des règlements, la citation des lois et des règlements et les banques de données informatisées. Plusieurs nouveaux exemples facilitent la compréhension, notamment en ce qui concerne le préambule des lois et l'*obiter dictum*.

L'ouvrage se présente donc maintenant ainsi : la première démarche vise à définir le droit à travers les notions de nécessité, de fiction, d'opposition entre les droits objectifs et subjectifs, des branches et des sources. On trouve ensuite quatre grands titres qui correspondent à quatre mots clés : qui, quoi, comment et pourquoi.

Qui fait le droit ? Cette première section aborde l'histoire du droit à travers l'étude des institutions juridiques passées et présentes. Vient ensuite la question : en quoi consiste le droit ? Les auteurs y répondent en décrivant les différentes branches du droit. La troisième section, la plus volumineuse, montre comment se présente le droit : elle examine les différentes sources formelles du droit que sont la loi, la jurisprudence, la doc-

15. Voir P. BRYDEN, « Canadian Administrative Law : Where We've Been », (1991) 16 *Queens L.J.* 7.

trine et la coutume. Enfin, la dernière section s'attarde à un aspect qui, selon les termes des auteurs, « n'est pas à proprement parler juridique ». Ce sont les sources matérielles du droit — opposition des conceptions positiviste et idéaliste du droit. De là l'interrogation : pourquoi y a-t-il du droit ?

Destiné de prime abord aux étudiants en droit dans un cours du type « Méthodologie et fondements du droit », cet ouvrage peut aussi s'adresser aux étudiants plus avancés. Ils y découvriront, comme le soussigné, une foule de détails et de références qui faciliteront la compréhension de notions particulières dans leurs autres cours. Plus généralement, tout lecteur avide de parfaire sa culture générale y trouvera son compte. Quant au juriste spécialisé, il pourra, par une consultation périodique, avoir l'assurance de ne pas perdre contact avec le savoir de base de sa profession.

On ne saurait saisir l'état actuel du droit dans son ensemble sans avoir étudié, au préalable, les influences qu'il a subies à travers les siècles. Les auteurs dressent des tableaux sommaires mais complets des droits romain, canonique, français, anglais et américain qui nous font comprendre l'influence qu'ils ont eue au Québec et au Canada tant en matière de droit public (le Sénat) que de droit privé (l'action paulienne), vestiges du droit romain. C'est également grâce à l'histoire qu'il est possible d'expliquer « les difficultés à départager l'influence des deux traditions juridiques présentes au Québec ». Le lecteur en vient ultimement à bien saisir la séparation entre les institutions publiques, législatives, exécutives et judiciaires et les institutions privées.

C'est à partir de ce tronc commun que les auteurs s'attardent ensuite à décrire différents axes juridiques : droit commun-droit d'exception ; droit privé-droit public ; droit civil-droit pénal ; droit national-droit international. Les auteurs soulignent toutefois avec justesse (p. 88) :

Chaque branche du droit est une partie qui tend à se prendre pour un tout. Le droit est un genre dont les branches sont les espèces. Les jeunes praticiens du droit découvrent

avec étonnement qu'un dossier soulève toujours des questions relevant de plusieurs cours suivis à l'université. Cette surprise est le résultat d'une erreur fréquente qui consiste à apprendre le droit comme si chaque cours formait un tout distinct. La distinction entre les branches du droit n'est faite qu'à des fins didactiques. C'est pourquoi l'approche « pratique » ou purement technique du droit, au niveau de l'apprentissage par branches, le seul en usage, est un leurre. Il faut d'abord concevoir le droit, avant de pouvoir le pratiquer.

Donc, afin de bien saisir le droit, il faut l'appréhender dans son ensemble. C'est de cette manière que les auteurs abordent la section suivante consacrée à ces quatre sources formelles du droit : la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume. Dans chaque cas, la division est tripartite : d'abord la définition, suivie de l'élaboration et, enfin, de l'utilisation. C'est là, sans aucun doute, la partie la plus pratique de l'ouvrage ; le lecteur a accès à une véritable mine de renseignements, allant du repérage documentaire jusqu'aux techniques de référence avec une pléiade d'exemples tirés des contextes québécois et canadien. Une seule réserve, cependant : il aurait peut-être été opportun de souligner que la coutume, en droit international, s'établit parfois entre deux pays non pas uniquement en fonction d'un « temps immémorial » (p. 191), mais également à partir d'une période de temps relativement courte, compte tenu de l'intensité des rapports entre eux.

La dernière section concerne les rapports entre le droit et des sciences qui lui sont connexes : l'histoire, l'anthropologie, la sociologie, l'économie politique et la linguistique. Le droit ne saurait, en effet, se réduire à une « pure technique sociale ».

Des 303 pages de l'ouvrage, 65 comportent des questions et des exercices qui permettent au lecteur d'évaluer sa compréhension de la matière et ainsi d'adopter une démarche active dans son processus d'apprentissage. Une présentation graphique à la fois originale et appropriée met en relief les différentes notions exposées et agrmente la lecture. L'index analytique est exhaustif et permet de retrouver rapidement des rubri-

ques précises : il complète ainsi une table des matières plutôt schématique. Malheureusement, l'ouvrage ne contient pas de bibliographie : les auteurs précisent toutefois dans leur avant-propos que les références en notes sont nombreuses — ce qui est loin d'être une exagération — et qu'elles en tiennent lieu.

Cet ouvrage constitue donc l'outil idéal d'introduction aux études juridiques et, en outre, il représente un véhicule de culture juridique de premier plan.

CHARLES B. LALIBERTÉ
Université Laval

C.B. BOURNE (dir.), *Annuaire canadien de droit international/The Canadian Yearbook of International Law*, t. XXVIII, 1990, Vancouver, University of British Columbia Press, 1991, 689 p., ISBN 0-7748-0389-4.

Sans craindre de s'éloigner des sentiers battus, l'*Annuaire canadien de droit international* se montre une fois de plus à l'avant-garde du développement d'une science juridique trop souvent méconnue (quand elle n'est pas bafouée). Pour sa livraison de 1990, l'*Annuaire* a fait appel aux meilleurs spécialistes et a retenu des titres qui collent bien à l'actualité. Les sommaires des textes publiés permettent au lecteur d'orienter rapidement le choix de ses lectures en fonction de ses centres d'intérêt.

Parmi les articles de fond, celui du professeur Gerald Goldstein présente un intérêt particulier pour le Canada puisqu'il traite, d'une manière moderne, du vieux concept de la souveraineté territoriale. L'auteur dégage en particulier les effets restrictifs de la politique canadienne en matière d'investissements étrangers, y compris l'acquisition de propriétés par les étrangers. Autre sujet d'actualité, le renouvellement de la doctrine russe au sujet du droit international. C'est le professeur Edward McWhinney qui explique comment la doctrine Tunkin se trouve remplacée à Moscou par la reconnaissance juridique de l'ONU dans le règlement des différends internationaux, ce qui inclut l'aug-

mentation de la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (un exemple à suivre pour d'autres grandes puissances comme les États-Unis). C'est là un virage à 180 degrés qui méritait d'être signalé compte tenu de sa portée sur l'ensemble des relations internationales.

D'autres articles portent sur des sujets aussi actuels que le terrorisme, l'environnement, en particulier la protection de l'Antarctique, l'immunité des banques centrales, l'extradition en regard de la peine de mort, etc. Deux sujets nouveaux sont étudiés dans les « Notes et commentaires ». Il s'agit de la guerre du Golfe par rapport aux carences manifestées par le Conseil de sécurité en ce qui a trait au contrôle direct de l'intervention armée par ses membres. Nous devons cette analyse à la professeure Katia Boustany. Pour sa part, M. Robert Hage, du ministère des Affaires extérieures et du Commerce extérieur, explique clairement les mécanismes de règlement (et de prévention) des différends mis en place par l'Accord de libre-échange canado-américain. Ce sont des procédures innovatrices (quoiqu'elles soient inspirées du GATT), parfois difficiles à expliquer nettement : l'auteur y réussit en illustrant ce processus à partir de l'exemple des deux premières affaires traitées dans ce cadre (soit celle du saumon et du hareng et celle du homard).

La très utile chronique consacrée aux récents développements en matière de droit international économique aborde des sujets comme le contentieux canadien actuel au GATT, la mise en œuvre législative et jurisprudentielle de l'Accord de libre-échange, la protection de l'environnement de l'Arctique, la couche d'ozone, la gestion des déchets dangereux, etc. Enfin, l'*Annuaire* est complété par des instruments précieux pour le praticien du droit : la chronique annuelle de la pratique canadienne en matière de droit international, accompagnée d'un choix d'opinions juridiques émises par le ministère des Affaires extérieures et du Commerce extérieur. À cela s'ajoute un résumé de la jurisprudence canadienne récente se rapportant au droit international.